

熊本大学学術リポジトリ

Kumamoto University Repository System

Title	自治体の新設合併に伴う職員の身分変動と不利益処分該当性に関する意見書
Author(s)	林, 勝美
Citation	熊本法学, 115: 61-79
Issue date	2008-12-31
Type	Departmental Bulletin Paper
URL	http://hdl.handle.net/2298/11813
Right	

資料

自治体の新設合併に伴う職員の身分変動と
不利益処分該当性に関する意見書

林 勝 美

平成二〇年（行コ）第二号 裁決取消請求控訴事件

控訴人（第一審被告） 丸亀市

被控訴人（第一審原告） 甲野一郎 外一名（注）

自治体の新設合併に伴う職員の身分変動と不利益処分該当性に関する意見書

国立大学法人熊本大学大学院

法曹養成研究科（法科大学院）

教授 林 勝 美

平成二〇年八月十四日

高松高等裁判所第二部 御中

自治体の新設合併に伴う職員の身分変動と不利益処分該当性に関する意見書の提出について

控訴人（第一審被告）、被控訴人（第一審原告）間の高松高等裁判所・平成二〇年（行コ）第二号・裁決取消請求控訴事件について、控訴人から、自治体の新設合併に伴う職員の身分変動と不利益処分該当性について、意見を求められたので、次のとおり意見を述べるものである。

（注）被控訴人（第一審原告）名は、仮名にしている。

自治体の新設合併に伴う職員の身分変動と不利益処分該当性に関する意見書

目次

I 結論

II 本文

第1 本件事件の概要

1 一市二町の新設合併

2 合併協定書の締結及びその内容

3 第一審原告らに対する人事発令

4 第一審原告らの不服申立て

5 公平委員会の審理及び却下裁決

第2 本件事件の争点

1 本件各発令は、地公法第四九条第一項に規定する不利益処分に該当するか

2 争点に対する第一審判決の判断

3 本件事件の争点に対する意見

第3 新設合併の性質

1 職員の身分変動の性質

2 地公法第四九条第一項に規定する不利益処分の性質

3 及びその射程

4 甲第五五号証松尾意見書の誤り

5 被控訴人ら提出の二〇〇八年八月七日付準備書面

(控訴二)に対する意見

6 第一審判決の誤り

第4 結論(まとめ)

第5 意見書提出者の略歴及び著書等

I 結論

自治体の新設合併に伴う一般職の職員の身分は、合併によって消滅する自治体の職員が一旦身分を失うことを前提とした上で、改めて合併後の自治体がその者を新たに任命行為をもって採用する努力義務を課した特別法により、政策的に継続するとしたものであるから、前後の身分継続を前提として適用される地方公務員法（以下「地公法」という。）第四九条第一項にいう「不利益処分」が問題となる場面でないことは明らかである。したがって、第一審判決は、消滅と新設前後の自治体の職員の身分取扱いの公正を規定していないことが明らかな合併特例法第九條第二項の解釈適用を誤り、更に身分継続が前提である地公法第四九条第一項にいう不利益処分該当性の解釈適用を誤ってなされたことが明らかな判決であるから、速やかに取消されるべきものである。

II 本文

第1 本件事件の概要

1 一市二町の新設合併

一市二町の合併は、丸亀市・綾歌町・飯山町の新設合併（対等合併）として行われたものであり、これらの市町がすべて廃止されてその法人格が消滅し、新たに新丸亀市（第一審被告）が創設されたものである。（乙第三号証の合併協定書第一項（合併的方式）及び第三項（新市の名称））。

ところで、新丸亀市において、新たに「丸亀市行政組織条例」（乙第四号証）、「丸亀市職員職名に関する規則」（乙第五号証）、「丸亀市職員定数条例」（乙第六号証）、「丸亀市職員の給与に関する条例」（乙第七号証）、「丸亀市給料表の級別職務分類に関する規則」（乙第八号証）、「丸亀市職員の給与に関する条例施行規則」（乙第九号証）、その他の市制に関わる条例、規則等が、平成一七年三月二二日付をもって施行され（乙第三号証の合併協定書第二項（合併の期日））、これらの新条例・新規則等に基づいて、組織・機構等が新たに編成・構築されたものである。そして、被控訴人（第一審原告）らは、これらの新条例・新規則等に基づいて、新たに新丸亀市の職員として辞令交付を経て採用されたものである。

このことは、

「本来、職員の任用は、それぞれの地方公共団体と職員との間の固有の勤務関係の設定であり、専属的な性質をもつものと解されるので、法律に特別の定めがない限り、勤務関係の主体が消滅したときに当然に他の勤務関係に編入されると解することは困難である。市町村の合併の特例に関する法律（昭四〇法六）第六条（現行の第九条―意見書作成者記載）が、合併関係市町村は協議により、一般職の職員が引き続き合併市町村の職員として身分を保有するよう『措置』しなければならないと定めているのは、合併によつて消滅する市町村の職員が、一旦その身分を失うことを前提とした上で、改めて合併後の市町村がその者を職員として採用する努力義務を課した規程（傍点は意見書作成者）であると考えられる。」（橋本勇『新版逐条地方公務員法』（学陽書房、平成一四年）二四〇頁参照。）と解されていることから明らかといふべきである。

2 合併協定書の締結及びその内容

合併協定書（乙第三号証）は、一市二町により、平成一六年二月二七日に締結され、合併の期日は、平成一七年三月二二日とされたことは、すでに述べたとおりである。

ところで、一般職の職員の身分取扱いについては、合併協定書第八項に、次のようにその内容が記載されている。

すなわち、

「8 一般職の職員の身分の取扱い

一市二町的一般職の職員については、市町村の合併の特例に関する法律第九条第一項の規定に基づき、すべて新市の職員として引き継ぐものとする。

1 職員数については、新市において定員適正化計画を策定し、定員管理の適正化に努める。

2 職員の職名、職務については、人事管理及び職員の処遇の観点から、合併時に統一を図る。

3 職員の給与については、新市において、職員の処遇及び給与の適正化の観点から調整し、統一を図る。

4 現職員については、現給を保障する。」とされているのである。

この第八項の内容は、何を意味しているのかというと、この合併協定書によってはじめて新市の職員として身分が引き継がれることを意味するものであって、身分の引継が自動的になるものではないことを意味するものである。

すなわち、

「合併による身分の引継ぎを自動的なものと解するか、改めて任命行為を必要とするかの違いは、主として職および職位ならびに給与の保障が当然になされるか否かの点にある。身分引継ぎが自動的に行われる場合には、職位および給与はこれを不利益に変更できないと解されるのに対し、改めて任命行為を行う、すなわち、合併後の地方公共団体が採用するものと解するとき、その処遇についての運用上の配慮はともかくとして、法律

的には新団体の基準によつて職位の格付けを行い、また、新団体の初任給、昇格および昇給の基準によつて給与決定を行うことができるということになる。一般に合併の場合は、先に述べたところにより、後段の考え方によるべきであろう。」(橋本勇前掲書『新版逐条地方公務員法』二四〇頁参照。)

と述べられているところからも明らかのように、新設合併により生れた新丸亀市が新しく制定した前記新条例・新規則等に従い決定されるものである。

このことは、旧市・町との継続性、連続性は法律的に遮断されるのであって、新・旧の比較は許されないことを意味するものなのである。

このような例は、例えば、公知の事実であるから証拠は示さないが、一市五町三村により平成一七年三月三日に新設合併した新佐伯市(大分県・佐伯市、上浦町、弥生町、宇目町、鶴見町、蒲江町、本匠村、直川村、米水津村の新設合併)の例や、また、一市六町一村により平成一七年三月三十一日に新設合併した新松江市(島根県・松江市、鹿島町、島根町、美保関町、玉湯町、宍道町、八束町、八雲村の新設合併)の例に見られるように、多数の自治体が合併して必然的にポストの削減・職位の変更等が伴った多くの新設合併の自治体に見られるところなのである。

なお、新丸亀市のように一市二町が新設合併により設立された場合の調査結果においても、同様に、合併前後で管理職ポス

ト・職位の変更がみられるところである（乙第一六号証「市町合併時における職員の身分及び給与についての調査結果」参照。）
このような、職位の変更等についての見解であるが、合併の例ではなく、身分が継続している同一自治体内での事案について、次の見解がある。

すなわち、

「任命権者を異にして異動し、たとえば、係長職のあるところから、それがないところの一般の係員や主任などになることは、職制上の相違によるもので、下位の職につけたものとはいいたないので、降任には該当しないと解される」（橋本勇前掲書『新版逐条地方公務員法』四六九頁六行目参照。同旨、鹿児島重治『逐条地方公務員法』（学陽書房、昭和五五年）四三六頁一三行目参照。）

との見解がこれである。

また、

「係長である職員が係長制を採っていない他の部局に出向を命ぜられ、一般の職に任命されることは降任に該当しないと解されている（行実三二・二・二六自丁公発第二八号）」（今枝信雄『逐条地方公務員法（第三次改訂）』（学陽書房、昭和四一年）三九二頁六行目参照。）

との行政実例も、これらの見解に添うものといえよう。

以上のことから明らかなように、身分が継続している同一自治体内での異動は、職位の変更を伴う場合であっても、職制上

によるときは、降任とはされていないということである。

したがって、同一自治体とは言えない本件のような新設合併の場合は、全く新たな別法人格の新丸亀市へ辞令交付を経ての任用であるから、職位の変更等が伴うことは、けだし当然なことである。そうとすれば、かかる職位の変更をもって降任とは言えないのであるから、後述するように不利益処分に該らないこともまた、明らかというべきである。

3 第一審原告らに対する人事発令

(1) 第一審原告甲野一郎は、新丸亀市の生活環境部人権課人権教育・啓発担当長の職に配置され、五％の職責手当とされた。

なお、新設合併前は、旧丸亀市総務部税務課収納担当副主幹（課長補佐級）の職にあり、一一％の管理職手当を受けていた。

(2) 第一審原告乙山二郎は、新丸亀市の生活環境部生活課交通防犯・離島担当長の職に配置され、五％の職責手当とされた。

なお、新設合併前は、旧丸亀市生活環境部生活環境課交通・防犯担当副主幹（課長補佐級）の職にあり、一一％の管理職手当を受けていた。

4 第一審原告らの不服申立て

(1) 第一審原告らは、平成一七年五月二〇日付けで、本件各発令が意に反する降任に当たるとして、地公法第四九条の二及び「丸亀市職員の不利益処分の審査に関する規則」(甲第八号証、以下「不利益処分の審査規則」という。)に基づき、丸亀市公平委員会(以下「公平委員会」という。)に対し、不服申立てをした(以下「本件不服申立て」という。)

(2) 第一審原告らは、同時に申立てについて、公開の口頭審理を求めた。

5 公平委員会の審理及び却下裁決

(1) 公平委員会の調査について

第一審原告らから、本件不服申立てを受けた公平委員会は、不利益処分の審査規則(甲第八号証)第五条に、「審査請求書が提出されたときは、委員会は、その記載事項及び添付書類並びに処分の内容、請求者の資格及び審査の請求の期限等について調査し、審査の請求を受理すべきかどうか決定しなければならない。」と明記されていることから、新丸亀市長に対して、平成一七年九月二六日、「不服申立てに係る資料等の提出について(依頼)」(甲第一二号証)と題する文書を発し、本件不服申立てについて、資料及び意見の提出を求めた。

この新丸亀市長に対する資料及び意見の提出を求めたのは、不服申立事項たる処分の内容について、不服申立書の記載内容から直ちに要件を欠くことが明白とはいえなかったところ、本件は市町村合併による任用行為が問題となっていたことから、合併特例法第九条に関係ある事実か否かの確認のため、処分者に審査申立書を送付して処分の内容について、単に説明と意見を求めたにすぎないものである。

(2) 公平委員会の却下裁決について

公平委員会は、平成一七年一〇月一三日付けで、第一審原告らに対し、「本件不服申立てをいずれも却下する。」との裁決をした(第一審原告山下哲司につき一七公平第二〇号平成一七年(不)第一号(甲第三号証)、第一審原告渡辺秀樹につき一七公平第二〇号平成一七年(不)第一号(甲第九号証)、以下これらを併せて「本件各裁決」という。)

(3) 本件各裁決の理由について

「本件処分(本件各発令)は、新設合併することにより旧丸亀市の法人格が消滅したため当然に失職した不服申立人の地方公務員としての身分を、合併特例法第九条の規定に基づき引き続き保有させるために、新たに新丸亀市の職員として採用したものであり、本件処分前後における職位としての身分には継続性がないと解される。

したがって、本件処分の前後の職位を比較し、当該処分が不利益処分に該当するか否かを論じることとはできない。

以上のことから本件処分は、地方公務員法（昭和二十五年法律第二六一号）第四十九条第一項及び第四十九条の二第一項に規定する不利益処分に該当しないことは明らかである。

よって、本件不服申立ては、不適法であることから丸亀市職員の不利益処分の審査に関する規則（平成一七年公平委員会規則第六号）第七条第二項の規定により、主文のとおり裁決する。」

本件各裁決は、新丸亀市の第一審原告らに対する処遇は、不利益処分に該当しないことが明らかであることからなされたものである。

すなわち、不服申立てが不適法な場合は、口頭審理・公開審理を行う必要はなく（大阪地判昭和四八年一月二九日判時七二八号九八頁参照）、職員に対する処分が不利益処分に該当しないことが不利益処分不服申立書の記載上明白な場合には、公平委員会は、当該不服申立てを却下できるのであるから（仙台高判昭和三四年七月二九日行政事件裁判例集一〇巻七号一四六七頁、前掲大阪地判昭和四八年一月二九日判決）、いずれにしても公平委員会が口頭審理・公開審理を行わずに第一審原告らの不服申立てを却下したことは正当であり、何らの違法性もないものである。

第2

本件事件の争点

1 本件各発令は、地公法第四十九条第一項に規定する不利益

処分に該当するか

(1) 第一審原告らの不服の理由について

第一審原告らの不服の理由は、不服申立書に記載した理由によれば、新丸亀市による採用は「意に反する降任である」というものであり（甲第一号証）、また同申立書が提出された日から約三か月後（原告らが新丸亀市に採用された日から約五か月後）に提出された不服申立ての理由書にも、「意に反する降任である」ことのみを記載している（甲第二号証）ことからすれば、「意に反する降任」が不利益処分に該当するというものである。

その後、第一審原告らは、合併特例法第九条第二項によれば、任用行為は「公正」であることが求められているとし、第一審原告らの地位を旧丸亀市における地位あるいは他の職員の地位と比較して、第一審原告らの配置は不公正なものであるから、この点も不利益処分に該当すると主張するもののようである。

(2) 地公法第四十九条第一項に規定する不利益処分の意義及び内容について

地公法第四十九条の二第一項によれば、不服申立ての対象となる処分は「前条第一項に規定する処分」とされ、地公法第四十九条第一項の規定によれば、それは「懲戒その他その意に反すると認める不利益な処分」であるとされている（橋本勇前掲書『新版逐条地方公務員法』七三四頁五行目

以下参照。今枝信雄前掲書『逐条地方公務員法（第三次改訂）』一六〇六頁一三行目以下参照。）。

そして、この不利益処分に関するかどうかについて判断する場合、不利益処分に対する審査請求の権利の性質を明らかにする必要がある。

すなわち、この審査請求の権利は、地方公務員に任命されてはじめて、その身分を保障するため取得するものだからである（広島高裁松江支部昭和三年二月一八日判決・行裁例集八巻二二九二二九一頁五行目以下参照。）。

換言すれば、

「新たに地方公務員に任命された者が、任命前の地位給与と比較して任命後のそれが劣るからといって前記措置の要求又は審査の請求をすることはできない。地方公務員法はそこまで遡って身分の保障はしていないからである。」（前掲広島高裁松江支部昭和三年二月一八日判決。行裁例集八巻二二九二二九一頁六行目以下参照。）

と判断されているように、地公法上行使される不利益処分に対する審査請求の権利の性質は、第一審原告らが主張するようなものではないのである。

したがって、新設合併の法的性質は、すでに述べたように、新・旧の自治体間の身分の連続性は法的にはないのであるから、いずれにしても合併の前後において比較すべき対象はないものであり、合併特例法第九条第二項の規定も

含めて、地公法第四十九条第一項の不利益処分に該らないことは明らかとすべきである。

2 争点に対する第一審判決の判断

第一審判決は、第一審原告らの不利益処分該当性について次のように判示して、地公法第四十九条第一項に規定する不利益処分に該当すると判断した。

すなわち、

「原告山下は、合併前、課長補佐級である税務課収納担当副主幹の職にあり、給料表の八級に格付けされていた。また、原告渡辺は、同様に、課長補佐級である生活環境部生活環境課交通政策担当副主幹の職にあり、給料表の八給に格付けされていた。」

ところが、前記1（認定事実）（5）のとおり、原告山下は、本件合併に伴い、平成一七年三月二二日付けで、「丸亀市事務吏員に任命する。副主幹を命ずる。八級二二号給を給する。生活環境部人権課人権教育・啓発担当長を命ずる。」との発令を受け、また、原告渡辺は、「丸亀市事務吏員に任命する。副主幹を命ずる。八級二二号給を給する。生活環境部生活課交通防犯・離島担当長を命ずる。」との発令を受けた。

上記発令に係る原告らの職は、いずれも給料表の七級相当であるが、本件合併協定書八項四号の現給保障の規定により、

八級とされたが、原告らは、管理職から監督職となったために、一パーセントの管理職手当ではなく、五パーセントの職責手当の支給対象とされ、手当の額は、原告山下については月額二万七〇二円、原告渡辺については月額二万五八八六円の減額となったことが認められる。

さらに、旧丸亀市においては、「丸亀市職務権限規定」(甲六二)により、「主幹等は、組織規則四条に規定する室長、担当主幹、主幹及び担当副主幹をいう。」旨規定され(二条(二五))、主幹等の職能については、「所管業務の推進について、課長を全面的に補佐する。」旨規定され(五条(一))、「課長が不在のときは、それぞれ事務事業を担当する主幹等が、その権限と責任を代行する。ただし、担当を置かない課にあつては庶務を担当する副主幹が、その権限と責任を代行する。」と規定され(二三条)、これらの規定により担当副主幹には代決権、代行決裁権限が与えられていたが、「新丸亀市職務権限規程」(甲六二)によれば、「室長及び副課長は、所管業務の推進について、課長を全面的に補佐する。」旨規定される(五条(一))一方、「担当長は、担当業務の実施計画の決定又は調整について上司に具申する。」(六条(一))旨規定するにとどまり、代決権はなくなることが認められる。

そうすると、原告らが、本件各発令により地方公務員法四九条一項に定める不利益処分を受けたことは明らかというべ

きである。

この認定に反する被告の主張は、採用しない。

(4) まとめ

以上によれば、公平委員会は、原告らの本件不服申立てについて、地方公務員法四九条の二に基づく適法な申立てとして受理し、審理を開始しなければならなかったのに、これを不適法として不受理(却下)処分をした違法があるというべきである。」

との判断をしている。

なお、第一審判決は、合併特例法第九条第二項に定める「職員のすべてに通じて公正に処理しなければならない。」との規定を根拠に、第一審原告らに対する措置は、不利益処分に該当するから、地公法第四九条の二に基づき、公平委員会の審査を受けることができるとする。

明らかに解釈適用を誤った判断をしているが、これについては、上記の判示と併せて「第3 本件事件の争点に対する意見」のところで、その誤りを厳しく指摘したい。

第3 本件事件の争点に対する意見

1 新設合併の性質

市町村の行政については、東京一極集中の進行により、国土の均衡ある発展を図る必要が高まり、広域的な地域の振興整備の推進、市町村の区域を超える広域的な行政需要への対応、地

方分権の推進等の観点から、市町村の合併により、地域づくりの主体である市町村の行政能力がさらに強化されることが望ましいと考えられている。そして、市町村がその事務を効率的に処理し、その規模の適正化を図ることは、住民の福祉の増進に資することとなり、地方自治を確立するうえで最も重要なこととされている（乙第一号証五〇及び五一頁）。そのためには、自主的な市町村の合併を推進することが重要であり、その目的のため、またあわせて合併市町村の建設に資するため、昭和四〇年に「市町村の合併の特例に関する法律」が一〇年間の臨時法として制定され、その後一〇年ごとに延長・改正がなされてきたのである。そして、このような合併には住民投票を含めた種々の民主的な手続が規定され、住民の総意によって市町村合併がなされるように定められているのである。

合併後の市町村は、合併の目的からして、厳しい内容の行財政改革が迅速かつ的確に行うことができるように組織・体制を確立しなければならないことは当然の要請である。したがって、合併によって、旧市町村の職員の職務や地位が変更されることも当然の前提である。

市町村の職員は、このような、住民の福利のために、従前からの変更を甘受すべきであるが、住民の福利と、職員の利益を調整するために、合併特例法第九条の規定が置かれており、合併のない、通常の地方自治体における身分保障とは異なった側面がある。すなわち、同法第九条では、合併前後で職員の処遇

に当然に変更があることが前提とされているから、従前と同様の処遇を受けることを権利として保障していないことは、すでに述べたとおりである（意見書第一・一及び同二を参照。）

何度もうようであるが、そもそも、合併が行われるに際しては、組織・機構の再編あるいは新規構築がなされるのが一般的であり、合併前後で組織・機構が全く変わらないことなどおよそありえないことであるから、職員各人の職位や給与について、従前と同様の取り扱いを保障することは制度として本来予定していないのである。

すなわち、自治体の新設合併に伴う一般職の職員の身分は、合併によって消滅する自治体の職員が一旦身分を失うことを前提とした上で、改めて合併後の自治体がその者を新たに任命行為（辞令交付）をもって採用する努力義務を、特別法が政策的に継続するとした特例かつ特別な制度であるから、解釈適用に当たっては、この合併の本質を見失ってはならないのである（橋本勇前掲書「新版逐条地方公務員法」二四〇頁五行目以下参照。）

第一審判決は、独自の判断で、本件事案が不利益処分に該当するとする結論を急ぐあまり、この特例かつ特別な政策的制度としての市町村合併の法的性質を見あやまり、その結果、合併特例法第九条及び地公法第四十九条第一項の解釈を誤ったものというべきであるから、失当たるを免れない。

2 職員の身分変動の性質

本件のように一市二町による新設合併が行われた場合、当該合併により消滅する市町の職員は当然にその身分を失うことになることは、すでに述べたとおりである。

また、合併特例法の文言上、「職員としての身分を保有するように措置しなければならない」（第九条第一項）と規定することとなり、職位や給与の保障については何ら言及していないことから明らかとなり、合併市町は、新たな基準によって職位の格付けを行い、給与決定を行うことができるのである（橋本勇前掲書『新版逐条地方公務員法』二四〇頁一五行目以下参照。）。

3 地公法第四十九条第一項に規定する不利益処分の性質及びその射程

すでに述べたように、広島高裁松江支部判決によれば、地公法第四十九条第一項の審査請求の権利が適用されるのは、その前提として、同一自治体内において身分が継続していることが地公法上認められる審査請求の権利行使の要件であると判示している（前掲昭和三二年二月一八日判決・行裁例集八巻一二号二二九一頁六行目以下参照。）。

もちろん、特別法によって、自動的に任用が行われる法定任用の場合は、地公法上の不利益処分に対する審査請求の権利も引き継がれることはいくまでもないところであろう（橋本勇前

掲書『新版逐条地方公務員法』二四一頁一行目以下参照。）。

本件事案は、すでに述べたように、新設合併の場合は、新旧自治体間では職員の身分は遮断され、連続性はないのであるから（意見書第一・一及び同二参照）、法的にも地公法第四十九条第一項に規定する不利益処分には該らず、しかも、審査請求権が生ずる余地もないことは、新設合併の制度的仕組みから明らかであるというべきである。

何度も言うようであるが、第一審判決は、この点の解釈適用を明らかに誤ったものであるから、違法として速やかに取消されるべきものである。

特に、地公法第四十九条第一項の法的性質及びその適用範囲について判示している広島高裁松江支部の昭和三二年二月一八日判決（行裁例集八巻一二号二二八六頁）に全くふれていない点は、致命的といえよう。

4 甲第五五号証松尾意見書の誤り

甲第五五号証の松尾意見書を一読した限り、本件事案について、新設合併の法的性質及び合併特例法第九条と地公法第四十九条第一項の關係について正確に理解していないことが明らかであることから、ここで、これ以上の批判は加えないこととする。

松尾意見書に対する批判は、本件意見書の内容から判断されたい。

しかしながら、一言付け加えるならば、松尾意見書が、第一

審判決に何らかの影響を与えたことは疑いのないところであろうから、高松高等裁判所におかれては、判決において充分検討されたくお願いする次第である。

5 被控訴人ら提出の二〇〇八年八月七日付準備書面(控訴二)に対する意見

被控訴人らは、二〇〇八年八月七日付準備書面(控訴二)において、又市征治参議院議員から本件事案に関して参議院議長あてに提出された「市町村合併に伴う不利益人事と市公平委員会の職責放棄に関する質問主意書」(平成二〇年六月二日付質問第一三六号)を、甲第六三三号証として、さらに、この質問主意書に対する内閣総理大臣福田康夫名の「参議院議員又市征治君提出市町村合併に伴う不利益人事と市公平委員会の職責放棄に関する質問に対する答弁書」(平成二〇年六月十日付内閣参質一六九第一三六号)を、甲第六四四号証として提出し、これらの書証があたかも本件事案につき、地公法第四九条第一項の不利益処分に関する根拠となるかのごとき主張をしている(被控訴人ら準備書面(控訴二)一頁下から二行目―二頁四行目参照)。

しかしながら、甲第六三三号証及び甲第六四四号証をつぶさに検討しても、被控訴人らの主張するような裏付けとなるものではないというべきである。

すなわち、内閣の答弁書にあるのは、「…地方公務員法(昭和二五年法律第二六一号)第四九条第一項に規定する不利益な

処分については、…」(傍点は意見書作成者)と一般論を記述しているだけのものであって、本件事案の不利益処分該当性の根拠となるものでないことも、また、明らかというべきである。

さらに付言すれば、この答弁書作成の所管部署である総務省の不利益処分を担当している公務員課は、前述した広島高裁松江支部昭和三二年二月一八日判決(行裁例集八巻一二号二二八六頁)の存在すら知らなかったものである(意見書作成者平成二〇年六月三〇日(月)確認)。

これは、何を意味しているかというと、市町村合併の法的性質と地公法第四九条第一項の関係について、法的に熟慮・検討するいとまもなく(質問主意書の日付が平成二〇年六月二日付で、内閣の答弁書の日付が平成二〇年六月十日付である事実を想起されたい)、この答弁書作成がなされたと同われるということである。

したがって、甲第六四四号証の答弁書「二について」の記述をもって、被控訴人らの主張の裏付けとなるものではない。

次に、甲第六三三号証の質問主意書の「二・一」中、「新設合併に際し人事上のいかなる不利益な取扱いを受けても不服申立てできないとした場合、地方公務員の生存権(身分保障)はどのようにして担保されるのか。」と疑問を呈する記述も見受けられるが、これも、以下述べるとおり、失当というべきである。

すなわち、国家賠償法(昭和二二年法律第一二五号。以下「国賠法」という。)第一条第一項は、「国又は公共団体の公権

力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」と規定している。

そして、公権力の行使とは、国または公共団体の作用のうち、純粋な私経済作用と国賠法第二条によつて救済される营造物の設置又は管理作用を除くすべての作用をいうとされている（宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、一九九七年）二六頁、稲葉馨「公権力の行使にかかわる賠償責任」『現代行政大系第六巻』（有斐閣、昭和五八年）二八頁。）

このことから、本件事案は、地公法第四九条第一項の該当性を欠くことは明らかであるが、その場合であつても、国賠法第一条第一項にいう「公権力の行使」に該することは疑いのないところであるから、争う道が閉ざされている等という被控訴人らの主張及び又市参議院議員の質問主意書には、理由がないことが明らかである。

いずれにしても、現在裁判でまさに係争中の本件事案について、かかる質問主意書を提出する又市征治参議院議員の見識を疑うものである。

6 第一審判決の誤り

(1) 合併特例法第九条の解釈適用の誤りについて

第一審判決は、合併特例法第九条の法的性質及びその適用場面にについて理解していない。

すでに述べたように、合併特例法第九条と地公法第四九条第一項とは、法的にも制度的にも連続・継続していないのである。地公法第四九条第一項の規定によつては、新設合併の新・旧自治体の職員の不利益処分について、架橋することができないのである。

第一審判決は、この架橋することができないことが明らかにもかかわらず、架橋できるものと誤った判断をしたところにもそもその原因があると考ええる。

合併の本質を理解していなかったと言うべきである。

前身及び旧の合併特例法が適用されてから何十年もの間、この間に合併をくりかえして減少した自治体の数は、約一、五〇〇市町村もあるのである。

全国的に見て、管理職等のポスト減、職位の変更は、言わば星の数ほどもあるのである。本件のような事案を地公法第四九条第一項にいう不利益処分に該するというならば、全国でどれ程多数の訴訟事件が裁判所に係属するか計り知れないところである。

しかしながら、調査したところ、第一審判決のような判断をした例は、これまで一件もないというのが実態である。

これが、何を意味しているかは、一目瞭然とまでは言わぬが、合併の法的性質と地公法第四九条第一項を正しく理解している結果であると判断している。

(2) 地公法第四九条第一項の規定の解釈適用の誤りについて
すでに述べたように、この点に関する第一審判決の誤り
は、意見書第一・一及び同二に述べたところから明らかと
言えよう。

また、意見書第三・六・(一)に述べたように、架橋す
べきでない新・旧自治体職員の身分変動について、誤って
架橋したところに、第一審判決の誤りがあることも、また、
すでに指摘したところである。

第4 結論(まとめ)

以上、述べたところから明らかなように、第一審判決は、消
滅と新設前後の自治体の職員の身分取扱いについて、合併特例
法第九條及び地公法第四九条第一項の解釈適用を誤り、任用行
為が不利益処分に該当すると判断したことは、明らかに誤って
いるものであるから、違法であることを免れない。

したがって、第一審判決は、速やかに取消されるべきもので
ある。

第5 意見書提出者の略歴及び著書等

別紙のとおり。

意見書提出者

国立大学法人 熊本大学大学院法曹養成研究科(法科大学院)

教授 林 勝美

◇一九四四年(昭一九年) 九月二八日、樺太本斗町生まれ。

一九七〇年(昭四五年) 三月、中央大学法学部法律学科卒業。
一九七〇年(昭四五年) 四月、総理府事務官(総理府北海道
開発庁)を経て東京都庁へ入庁。

東京都千代田区総務部総務課文書係(法規・争訟担当)、
総務局法務部法務第一課、民事訟務課、不服審査法務室、総
務局文書課、水道局法務担当課長補佐を歴任後、管理職(多
摩都市整備本部(宅造事)用地課長、建設局(西建)用地第
一課長、建設局(南西建)管理課長)を経て、再び法務部訟
務室副参事(法務担当)及び法務部訟務担当課長として、訟
務実務担当。

四代の都知事(美濃部亮吉、鈴木俊一、青島幸男、石原慎
太郎)に仕え、法務部・水道局において長年(通算二十二年間)、
数多くの訴訟事件を担当。平成一四年三月東京都庁退職。同
年四月公募により、熊本大学法学部教授就任(地方自治法専
攻)。二〇〇四年(平成一六年) 四月国立大学法人熊本大学
大学院法曹養成研究科(法科大学院)専任(実務家)教授就
任(「公共政策法務」・「地方自治と法」担当)。現在に至る。

◇所属学会 日本公法学会、日本地方自治学会、租税訴訟学会

◇公 職 ①熊本市都市計画審議会委員

②熊本県宅地建物取引業審議会委員

- ③ 熊本市地下水保全条例見直し専門委員会会長
- ④ 熊本県都市計画審議会・大規模集客施設の広域調整及び準都市計画区域指定に係る検討小委員会委員

- ⑤ 熊本県市街化調整区域土地利用検討委員会委員
- ⑥ 天草市情報公開審議会委員・天草市個人情報保護審議会委員

- ⑦ 熊本市自治基本条例検討委員会委員

- ⑧ 静岡市政策法務アドバイザー

◇著書等

『地方公務員のための訴訟百科』（加除式・共著、ぎょうせい刊）、論文「国土利用計画法と条例（その一、その二）」（第一法規・法令解説資料総覧No六七・No六八）、「道州制問題と地方公共団体」（『地域を創る』成文堂・二〇〇四年）、「指定管理者制度と争訟」（『グローカリズムの射程』成文堂・二〇〇五年）「議員の活動と公費負担の範囲に関する意見書」『熊本法学第一〇八号』（熊本大学法学会、二〇〇五年）。外多数。

◇主要担当事件
別紙のとおり。

林勝美教授の訴訟担当事件実績一覧

主な訴訟担当事件	年月日(判決言渡)	概 要
都知事の指定訴訟代理人として得た判決のうち、判例時報等の刊行物に代理人名「林 勝美」と記名登載されている判決のみ記載した。その他の判決は、大小にかかわらず、すべて省略した。したがって、最高裁での和解事件（東部鉄道vs東京都）も省略している。もちろん、これまで数多く担当した和解事件、調停事務、保全事件、強制執行事件、競売事件は、記載していない。		
(1) 田無市都市開発事業計画決定取消請求事件 (東京地裁 昭和50年（行ウ）第26号、民事第3部判決)	S 52. 1. 20判決	田無駅前都市再開発事業計画を不服として、施行区域内の地権者が計画決定の取消を求めて訴えを提起した行政事件 都側勝訴判決 (東京都法務資料17巻2号1頁)
(2) 仙川小金井分水路工事差止仮処分申請事件 (東京地裁八王子支部 昭和52年（ヨ）第116号、民事第1部決定)	S 52. 3. 30決定	多摩川水系一級河川仙川上流部に発生する水害を軽減・防止するため、同水系一級河川野川に仙川の水の一部を分水する分水路建設工事を開始したところ、野川近辺の住民から、工事に使用する凝固剤により地下水が汚染されるとして、工事差止の仮処分申請がなされた事件 (東京都法務資料17巻2号40頁)
(3) 時効により取得した通行地役権の侵害を理由とする都立保田児童学園の跡地の現状変更禁止仮処分申請事件 (千葉地裁館山支部 昭和52年（ヨ）第38号決定)	S 53. 1. 13決定	都立保田児童学園（鉄筋3階建て）が建築されると、隣地に居住する居宅からの海岸の眺望が阻害される等として、また、学園敷地の一部を時効取得したとして、学園跡地の現状変更禁止を求めた仮処分申請事件 都側勝訴決定 (東京都法務資料18巻1号16頁)
(4) 憲法29条3項に基づく損失補償金請求事件 (東京地裁 昭和40年（ワ）第2175号、民事第17部判決)	S 53. 4. 27判決	土地区画整理事業区域内の道路予定地内に借地権を有する原告は、違法な指定処分により、建物が建てられず、使用収益権が侵害されたとして、都に対して訴えを提起した事件 都側勝訴判決 (東京都法務資料18巻2号20頁)
(5) 田無市都市開発事業計画決定取消請求控訴事件 (東京高裁 昭和52年（行コ）第19号、第7民事部判決)	S 53. 5. 10判決	上記、昭和52年1月20日判決言渡事件（田無都市再開発事業）の控訴審判決である。 都側勝訴判決 (東京都法務資料18巻2号13頁) (東京高裁判決時報（民事）29巻5号99頁)
(6) 建物収去土地明渡等請求事件 (東京地裁 昭和45年（ワ）第12546号、民事第31部判決)	S 55. 4. 28判決	東京都が借地権者となっている借地契約について、借地法4条1項ただし書の正当事由（更新拒絶の正当事由）の適用をめぐる争われた事件 都側勝訴判決 (東京都法務資料20巻4号1頁)

自治体の新設合併に伴う職員の身分変動と不利益処分該当性に関する意見書

主な訴訟担当事件	年月日(判決言渡)	概 要
(7)都道の瑕疵を理由とする損害賠償請求事件 (東京地裁 昭和55年(ワ)第159号、民事第10部判決)	S 55. 11. 28判決	日原鍾乳洞に通じる都道小川谷橋欄干の隙間(29cm)から、児童が同橋の下へ転落死亡したのは、都の都道の設置・管理の瑕疵に基づくものであるとして、原告が損害賠償を求めて訴えた事件 都側勝訴判決(東京都法務資料21巻1号27頁)
(8)建物収去土地明渡等請求控訴事件 (東京高裁 昭和55年(ネ)第1216号、第1民事部判決)	S 56. 4. 13判決	上記、昭和55年4月28日判決言渡事件(建物収去土地明渡等請求事件)の控訴審判決である 都側勝訴判決 (判例時報1004号65頁)
(9)憲法29条3項に基づく損失補償金請求控訴事件 (東京高裁 昭和53年(ネ)第1285号、第4民事部判決)	S 56. 4. 16判決	上記、昭和53年4月27日判決言渡事件(憲法29条3項に基づく損失補償金事件)の控訴審判決である。 都側勝訴判決 (判例時報1005号99頁)
(10)国家賠償請求事件 (東京地裁 昭和53年(ワ)第5307号、民事第13部判決)	S 56. 7. 27判決	5歳の男児が隅田川の護岸に放置された梯子から水際に行き転落死した事故につき、護岸の管理に瑕疵があったとして、原告が訴えを提起した事件(過失相殺6割) 都側一部敗訴判決 (判例時報1023号74頁)
(11)損害賠償請求事件 (横浜地裁川崎支部 昭和50年(ワ)第332号、民事部判決)	S 58. 4. 28判決	都(下水道局)が発注した下水道小台処理場汚泥消化槽の工事中、メタンガス爆発事故(3名死亡、2名重症)が発生したのは、注文者である都の主任監督員の指図・監督の過失に起因するものであるとして、都に対して、損害賠償を求めて、訴えを提起した事件 都側勝訴判決 (東京都法務資料23巻4号12頁)
(12)国家賠償請求事件 (東京地裁 昭和53年(ワ)第12508判決)(警視庁事件)	S 59. 6. 29判決	原告は、都立富士高校放火事件につき、刑事審で無罪となったが、そもそも取り調べ警察官により、自白を強要され、かつ、その自白を維持させられるという違法な捜査が原因となったものであるとして、都に対して損害賠償を求めて訴えを提起した事件 都側一部敗訴判決 (判例地方自治第9号85頁)
(13)損害賠償請求事件 (東京地裁 昭和49年(ワ)第6216号、民事第10部判決)(警視庁事件)	S 59. 7. 23判決	原告は、放火犯人の被疑者として、下谷警察署に同行を求められ、取り調べ中に、左上腕骨折をしたのは、警官を軽く足で蹴った際それを奇貨として違法に原告の左腕をねじり上げたことに起因するものであるとして、都に対して損害賠償を求めて訴えを提起した事件 都側一部敗訴判決 (判例時報1153号179頁)

主な訴訟担当事件	年月日(判決言渡)	概 要
(14)都道の管理瑕疵を理由とする損害賠償請求事件 (東京地裁 平成7年(ワ)第11843号、民事第27部判決)	H 8 . 10 . 31判決	原告は、都道の歩道上を自転車で行行中、道路の切り下げ部分において車道内に転倒し、おりから走行中の自動車に衝突し、死亡したのは、都の道路の管理の瑕疵に起因するものであるとして、都に対して損害賠償を求めて訴えを提起した事件 都側勝訴判決 (東京都法務資料36巻4号59頁)
(15)医療過誤を理由とする損害賠償請求事件 (東京地裁 平成7年(ワ)第15417号、民事第43部判決)	H10 . 2 . 20判決	原告らは、原告らの夫であり、また、父であるA(当時76歳)が十二指腸等の悪性腫瘍により死亡したのは、都立病院の手術担当医師の診察過誤によるものであるとして、都に対して損害賠償を求めて訴えを提起した事件 都側勝訴判決 (東京都法務資料38巻1号60頁)
(16)都道の設置・管理の瑕疵を理由とする損害賠償請求事件 (東京地裁 平成7年(ワ)第20785号、民事第1部判決)	H10 . 9 . 4 判決	原告は、都道鶴川街道沿いで電気製品等の販売店を営業し、地下倉庫に製品を保管していたところ、豪雨により都道からの越流によって製品が水浸しになり被害を受けたのは、道路の設置管理の瑕疵によるものであるとして、都に対して損害賠償を求めて訴えを提起した事件 都側勝訴判決 (判決時報1671号78頁) (本事件の判例評釈・自治研究76巻8号1188頁)
(17)接見妨害を理由とする損害賠償請求上告事件 (最高裁 平成7年(オ)第105号、第三小法廷判決)(警視庁事件)	H12 . 6 . 13判決	接見交通権を違法に妨害されたとして、都に対して損害賠償を求めた上告事件 都側敗訴判決 (判例時報1721号60頁) (最高裁民集54巻5号1635頁) (東京都法務資料40巻2号27頁)
(18)誤った行政指導を理由とする損害賠償請求事件 (東京地裁八王子支部 平成4年(ワ)第1424号、民事第2部判決)	H12 . 5 . 8 判決	原告は、国立市職員が交付した道路建設計画書の誤った記載を信じて高層ビルの用地として土地を購入したところ、これが不可能となったので、国立市のミス、及び都に対しては適切な勧告を怠った過失があるとして、都も被告に加え、損害賠償を求めて訴えを提起した事件 都側勝訴判決 (時報1728号36頁)

自治体の新設合併に伴う職員の身分変動と不利益処分該当性に関する意見書

主な訴訟担当事件	年月日(判決言渡)	概 要
(19)国家賠償請求控訴事件 (東京高裁 平成12年(ネ)第1759号、第15民事部判決)(警視庁事件)	H12.10.25判決	都の身分を有する北海道警察の警察官が、地方検察庁で研修中に、検事の補助者として捜査中、弁護士の所属団体について調査記載をしてこれを刑事訴訟記録の一部として供したの、プライバシーの侵害であるとして都及び国等を訴えた事件の控訴審で、原審判決を変更して都側勝訴(国一部敗訴)を判示した控訴審事件 都側勝訴判決 (東京都法務資料40巻3・4号合併号67頁)
(20)都立公園の管理瑕疵を理由とする損害賠償請求事件 (東京地裁 平成11年(ワ)第5612号、民事第18部判決)	H13.4.16判決	原告は、都立蘆花公園内の園路を自転車で通行中、木の枝の剪定のため掛ったトラロープに体をとられて転倒し、傷害を負ったのは、都の公園の管理瑕疵に起因するものであるとして、都に対して損害賠償を求めて訴えた事件 都側勝訴判決 (東京都法務資料41巻2号53頁)
(21)ラグビーの事故を理由とする損害賠償請求事件 (東京地裁 平成11年(ワ)第729号、民事第32部判決)	H13.11.14判決	原告は、都立富士高校の学生であるが、ラグビーの練習中に転倒し、「頸椎損傷」の結果両下肢麻痺の傷害を負ったのは、本来監督が立会った中で練習しなければならないのに、監督不在中による事故であるから、過失があるとして都に対して、損害賠償を求めて訴えを提起した事件 都側勝訴判決 (東京都法務資料41巻2号28頁)
(22)景観権侵害を理由とする損害賠償請求事件 (東京地裁八王子支部 平成8年(ワ)第1704号、民事第2部判決)	H13.12.10判決	原告らは、国立駅前通り(大学通り)付近に居住し、又は同通りを利用する者であるが、駅前の容積率を平成元年に400%から500~600%に上げた結果ビルが林立することとなり景観を著しく阻害しているのは、都の違法な都市計画に起因するものであるとして、都に対して損害賠償を求めて訴えを提起した事件 都側勝訴判決 (東京都法務資料41巻2号48頁)